Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 191
AÑO LX
ENERO - JUNIO
1992

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

CUESTIONES TEORICO-PRACTICAS DE LA SIMULACION

DANIEL PEÑAILILLO AREVALO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

I. OBSERVACION DE LA REALIDAD

Simular parece ser una característica de la naturaleza humana. Es universal y ancestral. Y frecuente.

Tal vez primero surge con estímulos lúdicos y fantásticos, para más tarde transportarse al ámbito socioeconómico, sirviendo a objetivos individuales y terrenos.

Emplazada ya en este campo prosaico, surge por doquier con variados e innumerables impulsos, ya remotos, ya inmediatos y aun técnicos.

Por ejemplo:

a) Para aparentar riqueza (particularmente cuando, para variadas finalidades, se emprende la captura de acreedores).

b) Para aparentar pobreza (particularmente cuando, fracasada la empresa o, en ocasiones -más propiamente- la aventura, se prepara la huida; enajenándose bienes o aumentándose el pasivo).

c) Para la seguridad del reparto hereditario (como cuando el futuro causante, en vida dona o vende secciones de su patrimonio con reserva de usufructo).

d) Para acelerar la ejecución de una transacción o avenimiento al término de un conflicto.

e) Para evitar el reproche por el desarrollo de negocios que la comunidad -a veces injustificadamente- estima poco edificantes (empleándose entonces la denominada simulación de sujetos).

f) Para eludir prohibiciones legales (como en la compraventa entre cónyuges no divorciados a perpetuidad, en que también se emplea la interposición de un tercero).

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

II. OBJETIVO

Ante la notable aplicación práctica de la simulación, la finalidad de este estudio es ofrecer la realización de algunas proposiciones teóricas en la práctica judicial, delineando algunos planteamientos ya aceptados, otros aún controvertidos y, en fin, otros que podrían emplearse, que terminen clarificando y, por lo mismo, facilitando su empleo y vigencia efectiva.

III. PANORAMA JURIDICO GENERAL

Para avanzar en el tratamiento de la materia, conviene presentar los rasgos elementales de la institución, orientada esa exposición por la utilidad que estos rudimentos ofrezcan en el análisis de los temas específicos que más adelante serán considerados.

Para tal efecto, primero se expondrá un esquema general de la vigencia de las fuentes jurídicas en relación al tema, entendiendo el término fuente en su sentido formal. Luego se recordará el concepto, enmarcándolo en el sistema en el que habitualmente se le incluye. Y, finalmente, se hará una referencia genérica a las principales clases que tradicionalmente ha distinguido la doctrina, distinciones que -como siempre ocurre- favorecen el análisis.

A. FUENTES (EN SENTIDO FORMAL)

a) La ley

Tal como es sabido, el código civil chileno no contiene un estatuto que regule la simulación, ni siquiera escuetamente. Esta carencia es común en los códigos de su tiempo, entre ellos sus habituales modelos, circunstancia que constituye al menos una de las explicaciones para el estado del nuestro (en los códigos del S.XIX constituye notable excepción el código civil argentino, que exhibe varias disposiciones -arts.955 a 960- , las cuales fueron solamente modificadas en la profunda reforma introducida en 1968).

Con todo, y según también se sabe, pueden citarse preceptos específicos que, ya directa, ya indirectamente, se relacionan con ella, como son los arts. 17 (que trata de la autenticidad instrumental), 1445 (en cuanto exige que se "consienta" en el acto o declaración de voluntad), 1546 (en cuanto exige que los contratos sean ejecutados de buena fe), 1560 (en cuanto ordena atender más a la intención o lo realmente querido, que a la literalidad de las palabras), 1707 (en cuanto protege a los terceros de los acuerdos ocultos de los contratantes o de los cambios que introduzcan a lo acordado y en cuanto, implícitamente, parece hacer prevalecer, entre los contratantes, lo realmente acordado por ellos). Los arts. 1876 del cód. civil y 429 del cód. de proced. civil deben también mencionarse. Además, es muy conveniente recordar la tipificación de un delito, en el art. 471 del cód. penal.

Esta situación contrasta con la de los códigos civiles del presente siglo, la

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

gran mayoría de los cuales dedica al menos algunas disposiciones a la materia, en términos directos. Así, por ej. el cód. civil alemán (art. 117); el cód. federal suizo de las obligaciones (art. 18); el cód. civil italiano, que destina un capítulo especial al tema (arts. 1414 a 1417); el cód. civil portugués (arts. 240 a 243); el cód. civil boliviano, que llega a ser bastante didáctico en sus textos a este respecto (arts. 543 a 545); el cód. civil peruano, de notoria inspiración italiana (arts. 190 a 194); el cód. civil paraguayo (arts. 305 a 310).

b) La doctrina

En términos generales, puede ser calificada de abundante. Por cierto, debe destacarse de inmediato la que constituye el hito más sobresaliente: *La simulación de los negocios jurídicos* de Francisco Ferrara (que se iniciara como tesis doctoral en Mesina; 1a. edic., 1900, con varias ediciones en italiano y trad. al español editada por la Edit. Rev. de Derecho Privado). Conviene también dejar constancia de la especial preocupación que sobre la materia ha demostrado la doctrina argentina (según podrá constatarse pronto).

Como obras extranjeras, pueden mencionarse:

Acuña Anzorena, Arturo: *La simulación de los actos jurídicos*. Edit. Jesús Menéndez. Buenos Aires, 1936.

Almada, Amadeo: *La simulación*. Peña y Cía. Impresores. Montevideo, 1937.

Auricchio, Alberto: *La simulazione nel negozio giuridico*. Edit. A. Giuffré. Nápoles, 1957.

Beleza, José: *A simulaçao em, direito civil*. Coimbra, 1921.

Cámara, Héctor: *Simulación en los actos jurídicos*. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1944.

Carcaba, María: *La simulación en los negocios jurídicos*. Libr. Bosch. Barcelona, 1986.

Cortés, Hernán: *La simulación como vicio jurídico*. Edit. Araujo. Buenos Aires, 1939.

Dagot, Michel: *La simulation en droit privé*. Libr. G. de D.et J. Paris, 1967.

Ferra, Giampaolo de: *I contratti simulati de fallito*. Edit. A. Giuffré. Milano, 1957.

Ferrara, Francisco: *La simulación de los negocios jurídicos*. Trad. de Atard y De-la Puente. Edit. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1960.

Herrero, Bernardino: *La simulación y el fraude a la ley en el Derecho del trabajo*. Edit. Bosch. Barcelona, 1958.

Lievano, José Ignacio: *Introducción al estudio de la simulación de los negocios jurídicos*. Publ. del F. Rotario del Minist. de Justicia. Bogotá, 1978.

Marani, Francesco: *La simulazioni negli atti unilaterali*. Cedam. Padova, 1971.

Miranda, Custodio de Piedade U.: *A simulaçao no Direito civil brasilero*.

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Saravia S.A. Sao Paulo, 1980.

Mosset Iturraspe, Jorge: *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*. Ediar. Buenos Aires, 1974.

Muñoz Sabate, L.: *La prueba de la simulación*. Edit. Hispano-Europea. Barcelona, 1972.

Nicolini, Giovanni: *La simulazione de rapporto di lavoro subordinato*. Edit. A. Giuffré. Milano, 1969.

Pellicano, Aldo: *Il problema della simulazione nei contratti*. Cedam. Padova, 1988.

Prates, Homero: *Atos simulados e atos em fraude da ley*. Libraría Freitas Bastos. Rio de Janeiro, 1958.

Romano, Salvatore: *Contributo esegetico allo studio della simulazione*. Edit. A. Giuffré. Milano, 1955.

Rotondi, Mario: *La simulazione nei negozi giuridici*. Cedam. Padova, 1938.

Valente, Arnaldo: *Nuovi profili della simulazione e della fiducia*. Edit. A. Giuffré. Milano, 1961.

Entre las chilenas:

Barros, José: *La simulación de contrato*. Imprenta Electra Santiago, 1927.

Berestesky, Angel: *La simulación de contratos en materia penal*. s/e. Santiago, 1929.

Cabieses, Antonio: *De la simulación de los contratos en el Derecho civil*. s/e. Santiago, 1932.

Casanueva, José: *La simulación de contrato*. s/e. Santiago, 1927.

Díez Duarte, Raúl: *La simulación de contrato en el código civil chileno*. Imprenta Chile. Santiago, 1957.

Fuentes, Rolando: *La simulación*. Imprenta El Agrícola. Santiago, 1936.

Paillás, Enrique: *La simulación*. Doctrina y Jurisprudencia. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1981.

Parra, Ricardo: *Simulación*. Doctrina y Jurisprudencia. s/e. Concepción, 1975.

c) La jurisprudencia

Ciertamente, es también abundante. Nada tiene de extraño, y es demostración tanto de la frecuencia con que se simula como de lo conflictivo que puede resultar.

En esta ocasión se mencionarán algunas sentencias nacionales que son destacables por su claridad e incluso, a veces, espíritu didáctico, para cuestiones específicas. Más adelante se les recordará cuando se traten esos puntos determinados. "Pérez con Stuardo" (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46, 2a. parte, secc. 1a., p. 817). Este fallo merece una mención especial por su carácter profundamente advertidor. Alerta al lector sobre la conveniencia de formular planteamientos claros y, sobre todo, en esta materia, ejercitar la acción de nulidad más allá de la pura petición de que se constate una simulación. Es un acápite que

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en la práctica resulta decisivo y que luego se tratará.

"Sucesión Rivera con Prieto" (*Gaceta de los Tribunales*, 1919, 1er. Sem.). Es útil considerarlo en cuanto para la prueba de la simulación desestima la confesión.

"Sumar con Jaque y otro". (2do. Juzg. Civil de Santiago). Trata de la prueba contra escritura pública y la declaración de oficio de la nulidad absoluta en circunstancias de simulación.

"Parraguez con Espinoza y otro". (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 52, 2da. parte, secc. 3a. p.45). Admite como ámbito suficiente para debatir y resolver el conflicto de simulación, la tercería de dominio.

B. EL CONCEPTO

Para los efectos que importan en este estudio, en este párrafo se tratará: la sede jurídico-conceptual (o sistemática) y su pertenencia en la estructura del acto jurídico, un concepto y los requisitos.

Al examinar el tema de la simulación hay quienes la hacen descansar en la noción de causa, lo cual implicará, habitualmente, introducirla en la de causa ilícita. Sin embargo, preferimos ubicarla ampliamente en el campo de la voluntad y, más específicamente, en el del desacuerdo entre la voluntad real y la declarada, tal como procede -consciente o inconscientemente- la generalidad de la doctrina, al menos en nuestro medio. Esto, es claro, sin perjuicio de que, en ciertas situaciones específicas, pueda resultar procedente vincularla a la causa.

Instalados en la voluntad como un elemento fundamental en la construcción del acto jurídico, es posible constatar que es frecuente que la voluntad real del sujeto no coincida con lo que declara.

Pues bien, ese desacuerdo entre la voluntad real y la declarada puede producirse consciente o inconscientemente. Y la primera alternativa se configura en al menos estas tres situaciones:

a) En la llamada reserva tácita o "reservatio mentalis" (en que el sujeto simplemente guarda para sí una voluntad manifestando otra);

b) En la denominada declaración "iocandi causa" (en que el sujeto actúa en términos de representación artística o didáctica);

c) En la simulación (en que se acuerda celebrar un acto en circunstancias en que no es eso lo efectivamente perseguido).

Con estos antecedentes es que se le define como la disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración convenida entre partes con el fin de engañar a terceros. O que es el acuerdo en la celebración de un acto cuando en verdad se quiere celebrar otro o ninguno[1].

[1] Así puede verse en cualquiera de las principales obras antes citadas y en un fallo de la Corte de Concepción, de 11 de octubre de 1990. El Diccionario de jurisprudencia de doña Elena Caffarena cita también algunas sentencias que ensayan un concepto. De ellas, especial mención merecen las de *Revista de Derecho y Jurisprudencia, T.* 46, 2a. parte, secc. 1a., p. 737 y T. 52, 2a. parte, secc. 2a., p.60. (Caffarena de Jiles, Elena: *Diccionario de Jurisprudencia chilena*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1959. V. voces "Simulación" y "Contrato simulado").

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Del concepto se desprende que para que la simulación se configure es necesaria la concurrencia de algunos elementos indispensables, los cuales es útil mencionar porque por una parte se avanza en la comprensión de la figura y, por otra, se puede apreciar la diferencia con otras afines (en ellos hay acuerdo generalizado en la doctrina, pero hay uno, como se verá, que no ha sido suficientemente analizado).

1. Disconformidad entre la voluntad real, efectiva, verdadera y la declarada o manifestada.

2. Conciencia de la disconformidad, es decir, conocimiento o sapiencia de que queriéndose algo se expresa algo diferente. Esta posición de los sujetos conforma la diferencia entre la simulación y el error, en el cual también existe disconformidad entre lo querido y lo manifestado pero falta, precisamente, esta conciencia o actitud deliberada.

3. Concierto entre las partes; es decir, comunicación recíproca y acuerdo entre ellos en que lo que manifiestan es solamente apariencia porque es algo distinto lo que efectivamente se quiere.

Esta exigencia deja automáticamente dispuesto que la simulación solamente procede en los actos bilaterales o convenciones. Sin embargo, también es concebible en los actos jurídicos unilaterales de la especie que alguna doctrina denomina unilaterales recepticios, en los cuales la voluntad está dirigida precisamente a un determinado sujeto en términos que sólo logra eficacia cuando llega a ese destino. Tal ocurre, por ejemplo, con una notificación al deudor para perfeccionar a su respecto la cesión del crédito, un desahucio (laboral o arrendaticio), un requerimiento de pago, etc. Y es concebible porque, justamente, el concierto puede configurarse entre el autor de la voluntad emitida y el destinatario[2].

Por otra parte, este concierto viene a conformar diferencia entre la simulación y la reserva mental. Si una de las partes no comunica a la otra la consciente disconformidad entre su voluntad real y lo que ha manifestado, habrá reserva mental (pudiendo también llegar a configurarse dolo) pero no simulación.

4. Intención de engañar. Como ya se ha dicho que debe existir concierto entre las partes, es lógico concluir que a quien se trata de engañar es a los terceros.

La generalidad de la doctrina menciona al engaño como un último requisito para que se configure la simulación[3].

Sin embargo, nos parece conveniente formular una observación a este respecto. Si ya se ha exigido que para que se configure la simulación debe existir disconformidad entre la voluntad real y la declaración y, más todavía, se ha exigido también el concierto entre las partes, la exigencia de un fin de engañar a los terceros es innecesaria. Es evidente que si las partes, de común acuerdo, declaran algo que no quieren, todo tercero que tome conocimiento de ese acto resul-

[2] La doctrina, en particular la chilena, no se ha detenido suficientemente en este punto, que en la práctica puede llegar a ser importante. Una leve referencia -cuyo contenido no compartimos, conforme lo que se ha planteado en el texto- formula Parra Labarca, en dos ocasiones. Ob. cit., pp. 65 y 143.

[3] Puede comprobarse fácilmente revisando algunas de las obras que se han citado en la bibliografía.

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tará engañado. Tengan o no las partes la intención de engañar, los terceros resultarán engañados, puesto que pensarán que es cierto lo que no es. Por lo demás, qué otra intención podrían tener las partes cuando declaran lo que no quieren, sino engañar al resto de la comunidad. En suma los contratantes, por el solo hecho de declarar lo que no quieren, objetivamente están engañando a los terceros. No se justifica, pues, pedir como un nuevo requisito lo que, por la concurrencia de los otros, necesariamente se producirá. A menos que se conciba que los contratantes podrían concertarse para manifestar algo teniendo otra voluntad, sin por eso pretender engañar a otros. Aparte de que esa actitud es ingenua, así y todo de hecho los terceros resultarán engañados, y no parece razonable en tal caso excluir la simulación (sin contar con que esta posición plantearía un problema de prueba. ¿Quién habría de probar qué. Los terceros que los contratantes tenían intención de engañar; o los contratantes que no tenían tal intención? A los terceros les sería imposible probar la intención de los contratantes. Más bien habría que entrar a disponer que la disconformidad hace presumir ánimo de engañar, con lo que los contratantes tendrían que probar que no era esa su intención. ¿Y cuál sería entonces? ¿Para qué declararon lo que no querían? Parece también imposible que pudieren probar otra cosa. Así, en la práctica la presunción quedaría como presunción de Derecho con lo cual a su vez se llegaría al mismo resultado, de que no se justificaría pedir esa intención como requisito separado).

Es muy usual en la doctrina puntualizar que es distinta la intención de engañar de la de perjudicar, añadiéndose que lo pedido es lo primero y no lo segundo; que la intención de perjudicar es el elemento que lleva a la simulación a la subespecie de simulación ilícita y, por último, que lo más frecuente es que se pretenda perjudicar (a terceros), aunque es perfectamente concebible la intención de engañar sin intención de perjudicar, como cuando lo que se persigue es un ocultamiento de ciertos actos solamente por explicaciones de pudor o consideración social.

Ante este planteamiento nos surge también una observación. En ocasiones la intención es de engañar a cierta(s) persona(s) y de hecho resulta(n) engañada(s) otra(s). No parece razonable concluir que en el caso no hay simulación. Parece preferible resolver que basta la intención de engañar como elemento objetivo, prescindiendo del preciso destino del engaño, de modo que no importa si el demandante es o no el sujeto a quien se pretendía engañar. Esto demuestra también la complicación que viene a producir esta exigencia del engaño como elemento separado.

Ha quedado dicho que en la simulación ilícita la doctrina exige la "intención de perjudicar". Más adelante, al hacer referencia a las clases de simulación, se formulará un alcance a este respecto.

Por último, conviene recordar que entre los terceros debe también contarse al Fisco.

C. CLASES

Para completar el esquema jurídico general conviene añadir que del con-

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cepto y sus elementos se han distinguido clases de simulación cuyo examen -como siempre acontece con las clasificaciones- permite adentrarse en el conocimiento de la institución.

Se distinguen, principalmente: simulación lícita e ilícita; absoluta y relativa; de carácter, de sujetos y de contenido.

Solamente serán mencionadas, como para más adelante emplear los conceptos en los temas específicos que serán abordados.

C.1. Se entiende por simulación ilícita la que perjudica (o tiene la intención de perjudicar) a terceros o viola (o tiene la intención de violar) la ley, y por simulación lícita la que no provoca (o no pretende provocar) alguno de aquellos resultados.

Las alternativas del concepto se explican por la divergencia que pronto se analizará.

A este respecto es útil formular las siguientes observaciones:

a) Recordando que -según se ha dicho- en todo caso en la simulación estará presente el engaño a los terceros, desde un punto de vista ético bien podría considerarse que toda simulación es ilícita, en cuanto el engaño o encubrimiento de la verdad es ilícito. Por tanto, habrá que admitir que la distinción se formula para los efectos técnicos de la materia.

b) Con lo anterior queda dicho que, como principio general, es lícito simular. Mientras no se perjudique (o se tenga la intención de perjudicar, según la duda que se verá pronto) a terceros, se puede contratar simuladamente (la doctrina nacional entiende que ese principio en Chile incluso tiene base legal, el art. 1707 a contrario censu).

c) Cuando de la simulación ilícita se trata, y tal como también se ha señalado, deben tenerse en cuenta los arts. 466 y 471 del cód. penal, en el que se tipifica un delito: el otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de tercero (Atendidas las características de esa disciplina y de la interpretación de sus normas, aquí puede llegar a ser importante si la simulación tuvo lugar en un "contrato" o en una simple convención, recordando que podría concebirse incluso la simulación, según se ha dicho en un acto jurídico unilateral de la clase de los no recepticios (Los textos se refieren al "contrato simulado", aunque el primero menciona también la "enajenación maliciosa")).

d) Generalmente la doctrina y la jurisprudencia concluyen que, mientras la simulación lícita genera responsabilidad contractual (para las partes), la ilícita genera responsabilidad contractual para las partes y extracontractual para los terceros. Para mayor claridad, lo que se quiere expresar es que entre las partes, el ámbito en que se examina su situación es el de la responsabilidad contractual (sea para el único acto celebrado o para el aparente y el oculto) y ello sea simulación lícita o ilícita, en tanto que para los terceros, la ilícita importa -o puede llegar a importar, según la duda que se verá- un hecho ilícito, por lo que respecto de ellos genera responsabilidad extracontractual. El punto tiene importancia para diversos efectos; por ejemplo, para la prueba, en cuanto a la admisibilidad de ciertos medios (como se dirá más adelante).

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

e) Los autores no precisan con exactitud si la simulación ilícita es la celebrada "con la intención de perjudicar" a los terceros o la que "perjudica" a los terceros.

Por ejemplo, Díez Duarte trata el punto simplemente exigiendo perjuicio. Parra parece ignorarlo y, además de no abordarlo formalmente, en ocasiones expresa "la intención de perjudicar" y en otras "el perjuicio" de terceros.

Este último autor cita a Coviello, quien sí se pronuncia con mayor claridad cuando expresa que la simulación lícita se torna ilícita cuando termina en el hecho perjudicando a terceros.

Conviene estar consciente de la expresión y de las relaciones que se presentan con la responsabilidad por hecho ilícito, a las que han aludido algunas sentencias que se mencionarán más adelante; y nos provoca un comentario convertible en alternativas:

1a.) Puede entenderse como exigencia distinta de la necesaria para la configuración de un hecho ilícito. En este sentido, en la simulación ilícita las partes deben tener la intención de perjudicar, ni más ni menos. No más, en cuanto no importaría que el perjuicio no se cause efectivamente. Y no menos, en cuanto deben tener intención, sin que baste el mero descuido, la mera culpa. Con este significado, no siempre quedarán configuradas la simulación ilícita y la responsabilidad por hecho ilícito. Habrá simulación ilícita y no responsabilidad por hecho ilícito cuando existiendo intención de perjudicar el perjuicio no se produce. Y habrá responsabilidad por hecho ilícito sin simulación ilícita, cuando existe perjuicio y solamente culpa de parte de los contratantes (culpa en no haber adoptado las precauciones para evitar que el contrato dañara a terceros). Por lo mismo, en muchas situaciones podrán configurarse simultáneamente: si existe la intención de perjudicar y el perjuicio se produce (supuestos, naturalmente, los demás requisitos de ambas instituciones).

2a.) Otra alternativa es estimar que el requisito es el mismo de la responsabilidad por hecho ilícito; es decir, que hay simulación ilícita cuando se ha actuado con dolo o al menos con culpa y se produjo efectivo perjuicio a tercero. Aquí, la simulación ilícita viene a quedar presentada como una modalidad especial de hecho ilícito; como un hecho ilícito consistente en el otorgamiento de un contrato aparente o de dos contratos distintos (uno ostensible y el otro oculto). Siempre surgirán simultáneamente. Cada vez que hay simulación ilícita, hay hecho ilícito.

3a.) Una tercera consiste en estimar que para que haya simulación ilícita se requiere solamente perjuicio a tercero. Con prescindencia de elementos subjetivos, de imputabilidad. Entonces, puede haber simulación ilícita sin que exista responsabilidad extracontractual: cuando se perjudica a terceros sin dolo ni culpa. Y si hay perjuicio con dolo o culpa, habrá simulación ilícita y responsabilidad extracontractual.

En la primera alternativa, cuando se tiene la intención de dañar y efectivamente se daña a un tercero, y en la segunda y tercera alternativas, cuando se tuvo intención de dañar o al menos existió descuido y se causó efectivamente daño, la

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

víctima dispone de dos herramientas: la simulación (que importará pedir la nulidad o ejercitar una "acción de simulación", conforme se dirá más adelante) y la acción de responsabilidad por hecho ilícito (responsabilidad extracontractual). Y podría emplear ambas, pidiendo nulidad por acto simulado (o accionando de simulación, conforme se dirá luego) y demandando indemnización de perjuicios. Además, recordar que están las dos puede ser útil cuando ha llegado a extinguirse una, porque puede estar vigente la otra (lo que puede acontecer por obra de la prescripción, debido a la diversidad de los plazos, etc.).

En definitiva, estimamos que lo decisivo es el resultado. Si perjudica a terceros la simulación es ilícita; si no los perjudica, es lícita; todo con prescindencia de la intención o diligencia de los contratantes, que por lo demás será punto menos que imposible descubrir, al menos directamente.

C.2. Se entiende por simulación absoluta, aquélla en la que tras el acto aparente no se oculta otro. Y por simulación relativa, la que tras el acto aparente se oculta otro distinto.

C.3. Por último, se entiende por simulación de carácter, aquélla en que lo que se altera es la naturaleza del contrato (se aparenta vender cuando lo que se quiere es donar); de sujetos, aquélla en que se aparenta uno o más de los participantes, que en realidad son otros (se vende a Pedro, quien luego vende al cónyuge del primer vendedor, cuando en realidad lo único que se persigue es transferir el bien de un cónyuge al otro); y de contenido, en que se altera cualquier elemento del acto -de cualquier jerarquía- (en una compraventa se aparenta un precio diverso del realmente convenido).

IV. TEMAS ESPECIFICOS

A. EL FUNCIONAMIENTO PRACTICO DE LA SIMULACION (LA ACCION)

En este acápite se tratará el tema de la acción que se ejercita para desvelar la simulación y las actitudes y precauciones que conviene adoptar, observando el comportamiento de algunas fuentes.

Por cierto, este tema en la práctica es de particular relevancia si se considera que se está ante una materia no regulada positivamente, como se ha dicho.

Para mayor claridad, en este punto es útil la distinción entre simulación absoluta y relativa.

A.1. Si se trata de una simulación absoluta, en la práctica recibe aplicación por la vía de la nulidad.

Conviene desenvolver esta afirmación general.

a) En primer lugar, como se está en presencia de una materia no regulada, es la consecuencia de un razonamiento. Y consiste en estimar que como las partes no han querido celebrar contrato alguno, de modo que solamente hay apariencia, esa apariencia carece de voluntad. Recuérdese que para que la voluntad produzca efectos jurídicos es necesario que sea seria y manifestada. Aquí, el re-

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

quisito que falta es la seriedad. Hay una manifestación, pero lo que aparece como voluntad carece de la intención de obligar. Como se trata de un acto bilateral, lo que falta es el consentimiento (dejando a salvo la situación de los actos unilaterales recepticios en que, si se estima que también puede haber simulación, habría puramente falta de voluntad).

b) Como lo que falta es el consentimiento, con los arts. 1444, 1445 y 1682 del cod. civil, la conclusión es que el acto es inexistente o al menos nulo absolutamente (según se sostenga que la inexistencia está o no contemplada en nuestro Derecho).

Incluso, podría sostenerse que el acto es también inexistente o nulo absolutamente por falta de objeto (con los arts. 1444, 1445, 1460, 1461 y 1682) e inexistente o nulo absolutamente por falta de causa (con los arts. 1444, 1445, 1467 y 1682 del cod. civil. Si el acto simulado tiene por finalidad perjudicar a terceros, podría también resultar nulo absolutamente por causa ilícita (con los arts. 1444, 1445, 1467 y 1682 del cod. civil (aunque este planteamiento conduciría -como siempre acontece con una impugnación por razón de causa- al problema del concepto de causa y al tema de la concepción que de causa adopta el código nacional. Por otra parte, hay quienes en el campo de la simulación niegan la falta de causa; existiría lo que se ha denominado "causa simulandi") [4].

c) Esta solución ha sido planteada generalizadamente por la doctrina [5] y aceptada por los Tribunales [6].

En suma, con las bases y razonamientos precedentes, se imprime vigencia y funcionamiento práctico a la figura doctrinaria de la simulación absoluta, conduciendo el caso por el cauce de la estructura del acto jurídico, para desembocar en la nulidad. Se aplica a casos *vía nulidad.*

Así, la simulación propiamente viene a operar como la *explicación fáctica* de la negociación, como relato de los acontecimientos que llevaron a los contratantes a aparentar celebrar el negocio que celebraron, para catalizar jurídicamente en la nulidad del respectivo contrato o conjunto de actos que se hubiere celebrado.

d) Este camino puede ser calificado de aplicación indirecta o dependiente respecto de la nulidad, sometiéndose a sus reglas. Esto último significa que cobran vigencia todas las normas del estatuto legal de la nulidad absoluta. Esa es la acción que se ejercita y, por tanto, se aplicarán las normas sobre la titularidad, sujeto pasivo, plazos de extinción por prescripción, renuncia, declaración de oficio, efectos, etc.

e) El camino reseñado ha resultado exitoso. Es así porque, de hecho, es ampliamente frecuente que sea ése el método empleado por quienes toman la

[4] V. Parra Labarca, Ricardo. Ob.cit.,pp 256 y sgts.

[5] Pueden consultarse, por ej., las obras citadas de Diez Duarte y Parra Labarca.

[6] Son numerosas las sentencias que pueden citarse para estos efectos. Por su claridad, pueden mencionarse, por ej., *Gaceta de los Tribunales* , de 1919, 1er. sem. N° 1201, p. 611; *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* T.17, 2a. parte, secc. 1a., p 279; T. 22, 2a. parte, secc. 1a. p. 272; T. 23, 2a.parte, secc. 1a. p. 175; T. 29, 2a. parte, secc. 1a., p. 111; T. 52, 2a. parte, secc. 2a. p. 60; T. 58, 2a. parte, secc. 2a. p. 21; T. 81, 2a. parte, secc. 2a., p. 119.

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

iniciativa -demandando- de agitar la impugnación de actos simulados, con la complacencia de los demandados, quienes no presentan objeciones a combatir en ese marco. Y los Tribunales, asimismo, habitualmente no repugnan dirimir la controversia sobre ese mismo diseño.

Todo parece explicarse porque foro y magistratura se sienten seguros o, al menos, cómodos, resolviendo la contienda aplicando a los hechos textos legales organizados y de diariamente probada eficacia.

A.2. Si se trata de una simulación relativa la situación es más compleja

Ante esta clase de simulación, la doctrina más divulgada ha propuesto el ejercicio de una "acción de simulación" con la cual se solicita al Tribunal que declare que el contrato ostensible es solamente una apariencia, que disimula a otro y que, por tanto, tenga a éste como el verdaderamente celebrado, prevaleciendo sobre el ostensible. Se añade que, por su parte, el oculto, ahora desvelado, debe ser examinado como el único existente, por lo mismo con prescindencia del ostensible, autónomamente de él, y procederse en consecuencia. Si cumple con todos los requisitos de forma y de fondo, será válido; si padece de un defecto que constituya causal de nulidad absoluta, será nulo absolutamente; si padece de un defecto que constituya causal de nulidad relativa, será nulo relativamente; si se demuestra que se celebró en fraude de acreedores podrá ser revocado por acción pauliana; etc. (Así, por ejemplo, en Chile, Díez Duarte, Raúl. Ob.cit. pp. 77 y sgts.).

Aquí ya aparece la simulación como figura autónoma, independiente de la nulidad (independiente en su formulación, aunque no siempre en sus efectos) y atendida la falta de reglas expresas, en Chile implica en primer lugar salvar el escollo de su admisión.

La doctrina en general la ha concebido y, lo que es más para nosotros, alguna práctica nacional la ha intentado y hay sentencias que la han declarado.

Por cierto, su concepción autónoma, en un ordenamiento legal como el nuestro, importa preparar respuestas a varias interrogantes específicas que surgen al ponerla en movimiento: la titularidad de la acción, el sujeto pasivo, los supuestos o requisitos de ejercicio, su eventual saneamiento, su prescriptibilidad, etc.

Hay autores nacionales que, preocupados de la materia, aunque no abordan claramente las grandes alternativas aquí esbozadas, aceptándolas más bien tácitamente, se han ocupado de algunos de estos problemas concretos [7].

Se ha dicho que incluso existen fallos que han llegado a aceptar, al menos tácitamente, este camino. Ellos hacen referencia a una "acción de simulación" [8].

Compartimos en gran parte el planteamiento descrito. Sin embargo, estimamos conveniente añadir algunas precisiones.

[7] V. por ej. Raúl Díez Duarte, Enrique Paillás, Ricardo Parra, este último especialmente en pp. 211 y sgts. Los datos de las obras se consignaron en un capítulo anterior.

[8] V. por ej. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 31, secc. 2a., p.67; T.55, secc. 1a. p. 188; T.58, secc. 2a., p. 21; T.24, secc. 1a., p.274.

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La proposición de que ha de ejercitarse una acción de simulación para que el Tribunal declare que el ostensible es sólo apariencia y debe atenderse al oculto, viene a tener como sustento o supuesto el concebir todo el negocio como una sola unidad; concibiéndose todo como un solo acto, entonces se ejercita la simulación para que simplemente se elimine o excluya un sector del acto porque es apariencia, o más bien, para que se aclare que no hay sustancia negocial y se examine sólo las que son verdaderas estipulaciones (y ésta sería la apropiada manera de expresarlo, para evitar contradicciones).

Pero si se estima que hay dos actos jurídicos, uno aparente y otro oculto, entonces es necesario decidir con claridad la suerte del acto ostensible. Si concebimos que lo que hay son dos actos, ineludiblemente debemos enfrentarnos a decidir qué ocurrirá con el ostensible. A menos que, por las características del caso, lo que importe sea solamente obtener una declaración de prevalencia, sin que interese el estado en que quede el acto ostensible. Salvo esta última situación, la conclusión es que como ese acto es sólo apariencia, él es inexistente o, si la inexistencia no está contemplada en nuestro Derecho, es nulo absolutamente. Todo ello por falta de voluntad seria. Hay voluntad en celebrarlo, pero esa voluntad no es seria. Se sabe que la voluntad, para que produzca efectos en Derecho, para que se entienda que está presente como el primer elemento del acto, debe ser: seria y manifestada. Que sea seria significa que se tiene con la finalidad de que produzca efectos jurídicos. Así, pues, en el caso presente, a la voluntad le falta ese fundamental requisito, con lo que se concluye que no hay voluntad de ésa que el Derecho considera. Y, por tanto, el acto es inexistente o nulo absolutamente, conforme a los arts. 1444, 1445 y 1682 del cód. civil. También podría concluirse que no hay objeto o no hay causa y, si hay perjuicio a terceros, podría haber causa ilícita (con la dificultad antes anotada respecto a lo que ha de entenderse por causa. Por lo demás, hay también quienes niegan que el acto ostensible carezca de causa; tendría -como ya se ha dicho- la llamada "causa simulandi"). El tema de la unidad del acto o de la existencia de dos, en la simulación relativa, ha sido tratado en la doctrinal.

Además, aun cuando se conciba la situación conformando un solo acto, no debe olvidarse la posibilidad de la nulidad parcial[9].

Entonces, salvo situaciones particulares en que, como hemos dicho, pudiere no interesar la suerte del acto ostensible, estimamos como lo más seguro sólo llegar hasta accionar de simulación, pero siempre concluir pidiendo que el acto (ostensible) se declare nulo, para conseguir así los claros y lapidarios efectos de la nulidad. Esta precaución surge particularmente como necesaria sobre todo conociendo el destacado caso jurisprudencial "Pérez con Stuardo" (*Revista de Derecho y Jurisprudencia,* T. 46, secc 1a., p. 817) en el que la Corte Suprema resolvió que no basta con pedir la constatación de una simulación para rechazar una demanda de cumplimiento de contrato, si no se ha pedido y declarado, en los términos legales, la respectiva nulidad.

[9]Autores y sus obras son citados en Parra Labarca, Ricardo. Ob.cit., p.78.

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La segunda alternativa propuesta (y aun la primera con la precaución recién mencionada) vendría a dejar nuevamente a la simulación sólo como una explicación de los hechos, que prácticamente desemboca en la institución de la nulidad como concreta y final petición al Tribunal.

También podría adoptarse la actitud integradora, de ejercitar conjuntamente las dos acciones (conforme lo permite el art. 17 del cód. de proced. civil). Se intenta la de simulación para que el Tribunal declare que tras el acto ostensible hay otro real, que el acto ostensible es sólo apariencia y que debe primar el oculto, real; y, además, se pide que el ostensible se declare nulo (absolutamente, por la causal que se señale, conforme lo que ya se ha dicho).

Por último, se recuerda que en ambas alternativas el acto oculto necesita de su propio examen y, por lo mismo, será válido o nulo (absoluta o relativamente) según corresponda, conforme a las reglas de la estructura del acto jurídico y de la nulidad, y, si es del caso, deberá pedirse la declaración de nulidad.

B. LA APLICACION DEL "NEMO AUDITUR"

Es bien conocido el adagio "nemo auditur propriam turpitudinem allegans", que se traduce como "nadie puede ser oído cuando alega su propia torpeza" (negligencia o mala fe) y que se le abrevia como el "nemo auditur".

En el Derecho chileno tiene varias aplicaciones para materias específicas en textos legales, entre los cuales se encuentra el art. 1683 del cód. civil, en cuanto no puede alegar la nulidad absoluta el que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

La aplicación de esta regla, cuando se acciona de nulidad por el otorgamiento de contratos simulados, merece un comentario especial.

En primer término, conviene mantener siempre presente dos precisiones y una advertencia.

La primera precisión consiste en que el texto está dispuesto solamente para la nulidad absoluta, no para la relativa.

La segunda consiste en que el texto está dispuesto solamente para el que ejecutó el acto o celebró el contrato, no para los terceros, por mucho que éstos sabían o debían saber del vicio que los celebrantes estaban cometiendo al contratar. Esta limitación es bien explicable, por cuanto nadie puede inmiscuirse en las actividades que otros pretenden desarrollar; el obstáculo radica en el respeto a la libertad ajena.

La advertencia consiste en que si bien la aplicación del texto del art. 1683, citado, está sometido a las limitaciones derivadas de su tenor y ubicación (entre las cuales se han destacado las recién mencionadas) es también concebible que alguien postule una solución a algún conflicto esgrimiendo no ya el art. 1683, sino el "nemo auditur" como principio de doctrina.

Para el análisis conviene distinguir.

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

B.1. En la simulación absoluta

Se ha dicho que cuando se trata de la simulación absoluta, ella se traduce en definitiva en la petición de nulidad absoluta del contrato, por falta de consentimiento.

Si quien acciona de nulidad es uno de los contratantes y él sabía o debía saber el vicio invalidante, concretamente, él sabía que lo que se celebraba era solamente apariencia de contrato, ¿podrá demandar la nulidad?, ¿carece de la acción por el "nemo auditur"?

La doctrina nacional ha respondido que la regla no es aplicable, porque ella se aplica solamente a los casos de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita y no a la provocada por falta de consentimiento. La afirmación se explica porque el texto del art. 1683 impide ejercitar la acción a "la parte que celebró" el contrato sabiendo o debiendo saber... y es *parte* quien ha consentido, de modo que como en el caso se trata de una nulidad absoluta por falta de consentimiento, la regla no es aplicable; aplicarla -se agrega- significaría prejuzgar acerca del consentimiento, que es precisamente lo que se trata de averiguar; significaría, por lo mismo, una verdadera petición de principios [10].

Un fallo se ha pronunciado expresa y claramente en este mismo sentido [11].

Conviene añadir que en algunas ocasiones la jurisprudencia no se ha definido expresamente. Ha habido situaciones en que simplemente soslaya la decisión, prescinde del punto y no repudia la acción, aunque quien la ejercita es uno de los contratantes.

Por otra parte, si se pide la constatación de la inexistencia por falta de voluntad, por falta de objeto, por falta de causa, entonces tampoco se aplicará la regla, porque en tales situaciones no se está demandando la nulidad absoluta (claro que ahí surge otro debate, como es el de si la existencia está o no contemplada en Chile).

Con todo, en los casos en que se pida la nulidad absoluta por alguna de las partes y se solicite por falta de consentimiento, también podría postularse la aplicación del "nemo auditur" no con base en el art. 1683, sino como principio de doctrina, prescindiendo de su consagración legal.

A este respecto, antes de resolver el punto con los solos argumentos de texto y del principio, conviene también representarse la situación que se producirá en muchos casos concretos: por un lado, si la regla o el principio no se aplica, resulta que el contratante contrató a sabiendas de que todo era solamente apariencia y luego le es permitido lamentarse de tal situación invocando la nulidad precisamente por ser todo nada más que apariencia. Y, por otro, si la regla o el principio se aplica, podría acontecer que un comprador simulado, que aceptó

[10] Así, por ej. Díez Duarte, Raúl. Ob.cit., p.104. Cita en el mismo sentido a don Victor Santa Cruz, en su conocido trabajo sobre el instrumento público, publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 39.

[11] *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T.52, secc. 2a., p. 60. Dispuso: "Que si se acoge una simulación absoluta debe también acogerse la acción de nulidad absoluta fundada en ella, porque el art. 1683 del código civil sólo se refiere a la nulidad absoluta por causa u objeto ilícito y no tiene aplicación en aquella que existe por falta de consentimiento".

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aparecer comprando, más tarde, al serle rechazada la acción de nulidad al vendedor, se quedaría con la cosa sin pagar el precio, defraudando la confianza que su contraparte depositó en él.

Por último, si se pide la nulidad absoluta por causa ilícita, ahí sí que la aplicación de la regla es inevitable (sólo que será bien poco probable que se pretenda esta declaración por ese fundamento, por uno de los propios contratantes. Y sin perjuicio de que, en otro sentido, una tal demanda provocaría adicionalmente el problema de la concepción de causa para el Derecho chileno).

Si alguna de las partes pide la nulidad absoluta por falta de objeto o por falta de causa, sin perjuicio de lo controvertible que resultaría la configuración de tales defectos en la simulación absoluta, la aplicación de la regla se tornaría francamente discutible; en estas situaciones, mientras se debilita o desaparece el argumento de la petición de principios a que se ha hecho referencia, se fortalece el de la no distinción.

B.2. En la simulación relativa

Cuando en la simulación relativa se postula que lo que se demanda es la declaración de que el acto aparente es simulado y que, por tanto, debe regir solamente el oculto (es decir, cuando se acciona de simulación), es claro que no tiene aplicación la regla del "nemo auditur", porque ella está dada en el art. 1683, para la nulidad y ésta -se sostiene- es una acción distinta, es una acción de simulación. Pero -se añade- si una vez descubierto el acto oculto, se pretende atacarlo por la vía de la nulidad absoluta, podría aplicarse la regla. Podría aplicarse en cuanto se pida la nulidad por objeto o causa ilícita, conforme a lo dicho antes, pero no se aplicará si la nulidad absoluta se pide por falta de consentimiento. En general, puestos en esta situación, se aplica todo lo dicho en el acápite anterior, en favor y en contra de la aplicación de la regla y del principio, incluso lo dicho sobre la eventual inexistencia.

Un autor ha estimado que, si es una de las partes la que demanda la nulidad del acto disimulado, debe rechazarse la acción por la doctrina de los actos propios; según él, "las partes carecen de legitimación para demandarse entre sí la nulidad del negocio disimulado, en la simulación relativa, con el fundamento de la simulación con que se otorgó dicho negocio. Por la razón de que, de aceptarse la legitimación, se estaría vulnerando la doctrina de los actos propios, que impide ir contra los propios actos o declaraciones de voluntad. Merece citarse, en este sentido, una regla latina: 'Qui fraudem se fecisse audet dicere, audiri non debet', que traducido al español expresa: 'El que ha tenido parte en la simulación no puede alegarla para obtener su nulidad'" [12].

Si se opta por pedir la nulidad del acto ostensible, conforme también se ha planteado antes en este estudio, como actitud alternativa a la de accionar de simulación, se aplica asimismo todo lo dicho en el acápite anterior, a favor y en contra de la aplicación de la regla y del principio, incluso lo dicho para el caso de que se pida la constatación de la inexistencia.

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

C. LA PRUEBA

En el tratamiento de la prueba en la materia de simulación nos referiremos fundamentalmente a los siguientes capítulos: el principio, la fuerza de la prueba instrumental, la aplicación de las limitaciones de la prueba testimonial y el rigor probatorio y la prueba de presunciones.

C.1. El principio

Las vinculaciones que se efectúen entre la simulación y el Derecho probatorio deben siempre iniciarse con el establecimiento del principio general relativo a la carga probatoria: quien alegue la existencia de una simulación, debe probarlo.

Este principio se concluye aplicando al tema cualquiera de los diversos métodos que se han propuesto para resolver el problema teórico de la distribución del peso de las pruebas (el de la normalidad, el de la naturaleza de las afirmaciones, el más reciente de los supuestos de hecho de las normas invocadas, etc.).

La unanimidad de la doctrina, nacional y extranjera, lo entiende de aquel modo. La jurisprudencia nacional lo ha resuelto, y, por último, emerge del razonable criterio y hasta del art. 1698 del cód. civil.

Por lo mismo, no requiere de mayores soportes y se estima innecesaria la precisión de datos en que las citadas fuentes lo han manifestado[13].

Al comienzo, lo único que aparece como existente es el llamado acto ostensible. Si se pretende que solamente es apariencia, no realidad o sinceridad, deberá demostrarse por quien así lo sostiene. Con el primero de los nombrados métodos, podría decirse: lo normal es que los actos sean sinceros, verdaderos, reales.

C.2. La fuerza de la prueba instrumental

Habitualmente, el acto simulado, o, en la simulación relativa, el acto ostensible, consta en instrumento público (debido a que la ley exige esa solemnidad para la celebración del respectivo contrato).

Ahora bien, como se sabe, este medio, muy explicablemente, está revestido por la ley de un poderoso vigor probatorio, conforme al art. 1700 del cód. civil.

Se entiende que, en cuanto a la existencia de su contenido, es decir, al hecho de que su contenido fue declarado por las partes, tiene valor de plena prueba (derivada de la fe pública que, a este respecto, le ampara). Y que en cuanto a

[12]Fueyo, Fernando: "Instituciones de Derecho Civil moderno". XII. La simulación de los negocios jurídicos. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1990, p.554. No parece muy clara la aplicación de la doctrina de los actos propios a esta situación. Por su parte, la regla latina que cita el autor, que directamente resuelve negar la acción, parece más bien emanar del principio general del "nemo auditur". Así, quien la cite, lo que está haciendo es aplicar el principio del "nemo auditur" no ya como regla inserta en el art. 1683, sino como postulado doctrinario.

[13]V., por todas, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 52, secc. 2a., p. 60.

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la sinceridad de las declaraciones (dispositivas, que es la categoría de declaraciones que aquí interesa) entre las partes también hace plena prueba.

Respecto de los terceros, ese poder de convicción ya es inferior, tanto por disposiciones de la ley como por conclusión de criterio: respecto de ellos estas declaraciones se presumen verdaderas. Y se ha llegado a esa conclusión porque el art. 1700 citado, al conferirle valor de plena prueba solamente entre las partes, le está atribuyendo un valor inferior respecto de los terceros. Y sería el de prueba semiplena o simple prueba, porque habría que descartar la otra alternativa, de puramente privarle de todo mérito respecto de los terceros. El principio general del onus probandi, de imponer la carga a quien altere lo primariamente establecido, conduce a la misma conclusión de: no conferirle ante los terceros plena prueba, pero sí de prueba simple.

Para el desenlace del corolario en este punto, sólo resta agregar otro principio general, esta vez de naturaleza estrictamente probatoria y, más específicamente, perteneciente al campo de la valoración: una prueba plena puede ser desvirtuada por otra plena prueba en contrario (con la sola excepción de la prueba plena que, técnicamente, puede implicar la presunción de Derecho). (Para mayores observaciones sobre estos alcances, puede considerarse el difundido estudio de don Víctor Santa Cruz, ya citado).

Con estos antecedentes se concluye que no obstante el poder de convicción que ostenta el instrumento público (en el que puede constar y ordinariamente consta- el contrato que se impugna por simulación), es perfectamente posible demostrar la falta de sinceridad de las declaraciones en él contenidas. Si -en el mejor de los casos para la subsistencia del contrato- consta en instrumento público, entre las partes la insinceridad puede demostrarse mediante otra plena prueba en contrario (o con una suma de varias semiplenas que, en conjunto, puedan formar plena convicción); y respecto de terceros, con mayor razón, en cuya eventualidad ni siquiera hace plena prueba y, por tanto, sin que requiera tanta fuerza la prueba contraria, como se exige entre las partes.

Atendido lo recientemente expuesto,ésta es la ocasión de introducir algunas precisiones respecto de la calificación de partes y terceros, precisión que también puede ejercer influencia respecto de la aplicación de la regla del nemo auditur tratada anteriormente.

Por una parte, para los efectos de la simulación, la distinción entre partes y terceros desborda los conceptos de contratante y obligatoriedad del vínculo contractual. Aquí son terceros todos aquellos sujetos que, contratantes o no, se han mantenido ajenos a la actitud de simular; ellos son terceros en la simulación; terceros ajenos al hecho de simular (la situación puede verse, por ejemplo, en la venta a un testaferro, sin saberlo el vendedor) (claro que, tratándose de una de las partes, esta afirmación sólo viene a producir efectos cuando ya se ha establecido que hay simulación y que esa parte ha sido ajena a ella).

Por otra parte, quienes otorgan una autorización para la celebración del contrato por imperio de alguna norma que así lo exige, generalmente no adquieren la calidad de partes y, por lo mismo, a su respecto la prueba tendrá que eva-

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

luarse como se evalúa respecto de un tercero (la situación se puede producir, por ejemplo, cuando la mujer casada en sociedad conyugal otorga su autorización al marido para que éste enajene un bien raíz social y luego ella impugna el contrato por simulación o por nulidad explicada a través de la simulación).

C.3. La aplicación de las limitaciones a la prueba testimonial

Conviene también dejar establecido que para probar la simulación (o los hechos que conducen a la nulidad por tratarse de acto simulado, si se ha adoptado ese camino) no se aplican las limitaciones de la prueba testimonial contenidas en los arts. 1708 y sgts. del cod. civil. Como se sabe, esas reglas limitativas se aplican a actos y contratos y de lo que aquí se trata es de la prueba de un hecho o circunstancia: el que se simuló; que lo actuado no era sincero. Este fundamento permite emplear la prueba testimonial, incluso entre las partes involucradas en la simulación (sin perjuicio de que al contratante pudiere aplicársele la regla, (art. 1683) o el principio del nemo auditur).

Respecto de los terceros, terceros ajenos al hecho de simular, su inaplicabilidad es aún más sólida, por cuanto para ellos, además, puede obrar este otro razonamiento: para ellos -si los perjudica- la simulación puede constituir un ilícito civil (decimos "puede constituir" recordando lo dicho respecto del requisito del perjuicio y la intención de causarlo) con aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual, campo en el cual, en general, es más clara la falta de vigencia de aquellas reglas de los arts. 1708 y sgts., dispuestas para la prueba de actos y contratos[14].

A este respecto ha sido muy categórico un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción (de 11 de octubre de 1990), en el cual, luego de compartir -transcribiéndolas- las opiniones de Díez Duarte, ya aludidas aquí, de Ferrara y de Planiol, induce (en el Consid.14) "Que de lo anterior se sigue que en materias como las debatidas en la presente causa, tienen amplia cabida la testimonial y las presunciones"[15].

C.4. El rigor probatorio y la prueba de presunciones

Ahora es el tiempo de recordar las ya famosas expresiones de Ferrara -la voz más autorizada en la doctrina universal sobre la figura de la simulación- cuando advierte que una cosa es la jurídica admisibilidad de los medios de prueba y otra es la efectiva posibilidad de emplearlos, de modo que no hay que crearse ilusiones. Los simuladores no serán tan ingenuos como para dejar accesibles testimonios de sus maniobras, para que luego se las enrostren y emerjan las consecuencias adversas a sus planes (Ob. cit., p. 383).

Constatando esta realidad, la generalidad de la doctrina y jurisprudencia ha deducido de ella fundamentalmente dos consecuencias probatorias:

[14] V. a este respecto Díez Duarte, Raúl. Ob. cit., p. 123, con cita de doctrina extranjera.
[15] V. también *Revista de Derecho y Jurisprudencia* , T. 17, secc. 1a., p. 279; T. 22, secc. 1a., p. 272.

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Una es que, en general, la valoración de los diversos medios de prueba debe efectuarse algo alejada de la rigurosidad que en algunos ordenamientos impone el sistema de prueba tasada legalmente, o de tarifa legal. Por cierto, en las ocasiones en que existen reglas legales que señalan valor probatorio a priori, en ciertos aspectos del medio probatorio con claridad y fuerza preceptiva, el juez no podrá eludirlas y su infracción terminará siendo controlada. Pero aun en un régimen de tarifa legal frecuentemente quedan, por la naturaleza de la materia, márgenes de apreciación prudencial en que el Tribunal tiene oportunidad de morigerar ese rigor y se trata, precisamente, de que lo haga particularmente en un tema como el de la simulación. Esto sin perjuicio de medios de prueba que, aun reglados en códigos tradicionales de prueba legalmente tasada (como los nuestros), tienen entregada la medición de su fuerza probatoria a la prudencia del juez.

En nuestro sistema, ejemplos de los primeros son la prueba de instrumentos y de testigos, en que en ciertos aspectos (como en las declaraciones del notario, sobre hechos constatados por él) hay norma clara (de plena prueba), mientras que en otros aspectos (como en ciertas declaraciones enunciativas, o en el caso de testigos contradichos) hay amplio margen de prudencia judicial. Y ejemplos de los segundos, el informe de peritos.

La otra consecuencia es que en esta materia de la simulación, la prueba de presunciones es elevada a una consideración primordial y de decisiva influencia. Es la única actitud equitativa si se quiere conceder verdaderamente una opción al demandante de llegar a tener éxito. Sin las presunciones, habitualmente las demandas se verían rechazadas por la falta de pruebas directas, que no van a existir y, de existir, no estarán al acceso del demandante, ni siquiera con el auxilio del juez para pesquisarlas.

Con ellas, cuando se van acumulando en un determinado sentido, se irá produciendo esa alteración del peso de la prueba que es en definitiva su efecto, de modo que con ellas va quedando establecida una situación entre los litigantes y pasa al demandado el deber de probar lo contrario a ese estado de cosas establecido, so pena de consecuencia adversa [16].

D. LA SEDE PROCESAL

Conforme lo que se ha dicho acerca de la acción que se ejercita, frecuentemente se tratará de un juicio de nulidad de contrato por ser simulado, con lo cual el procedimiento habitual será el juicio ordinario.

Pero se ha efectuado una especial referencia al tema, porque en ocasiones se ha llegado a formular declaraciones de simulación de un contrato en tercerías en las cuales no siempre existe un espacio apropiado para ventilar suficientemente todos los pormenores que pudieren ser necesarios (se ha formulado la declaración, por ejemplo, en tercerías de posesión). En esas ocasiones, precisamente, no

[16] V. a este respecto, Ferrara, Francisco, Ob. cit., pp 382 y sgts.; Díez Duarte, Raúl, Ob. cit., pp. 125 y sgts.; Paillás, Enrique. Ob. cit., p. 80; Parra Labarca, Ricardo, Ob. cit., pp. 394 y sgts.; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 55, secc. 1a., p.188; T. 58, secc. 2a., p. 21; T. 46, secc. 1a., p. 737; T. 22, secc. 1a., p. 272; T. 57, secc. 2a., p. 97.

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

se aborda el camino de la nulidad, sino simplemente se pide y resuelve que tal contrato es simulado y que, por tanto, se ha de prescindir de sus efectos (es decir, se ejercita lo que la doctrina denomina acción de simulación).

Desde otro punto de vista, conviene también recordar que cuando se intenta el camino de la acción de simulación (como figura autónoma, distinta de la nulidad), también puede intentarse, subsidiariamente, la acción pauliana o revocatoria, que asimismo puede surgir frecuentemente como satisfactoria para los intereses del demandante que se siente perjudicado.

E. PRESCRIPCION

Este capítulo debe relacionarse directamente con el tema inicial del ejercicio de la acción.

Si se sigue el camino de la nulidad, empleándose la figura de la simulación solamente como explicación de los hechos, entonces no hay particularidad alguna que comentar. Rigen los plazos ordinarios de prescripción de la acción de nulidad.

Asimismo, si -como es posible, según se ha dicho, y sin perjuicio del obstáculo de la eventualidad de su admisión en Chile- se intenta una constatación de inexistencia, la doctrina generalmente postula que para ella no hay prescripción extintiva alguna, de modo que puede intentarse en cualquier tiempo.

Pero si se concibe y ejercita una "acción de simulación", entonces surge la interrogante de su prescriptibilidad y del plazo de prescripción, teniendo presente la ausencia de reglas, al menos en términos inmediatos y directos.

Se ha sostenido que constituyendo regla general el que las acciones son extinguibles por la prescripción, y faltando norma especial al respecto, debe concluirse que esta acción prescribe, y ello acontece en el plazo y con los requisitos comunes para la prescripción de acciones; el plazo es de 5 años (arts. 2514 y 2515 del Cód. Civil). Se agrega que para saber desde cuándo se cuenta, debe distinguirse entre las partes y respecto de terceros. Entre las partes, desde que se pretende por alguna de ellas hacer valer como real el acto aparente, es decir, desde que se desconoce el acto oculto (antes no hay interés en ejercitar la acción).

[17] Así, Díez Duarte, Raúl. Ob. cit., p.146.

[18] Así, Ferrara, Francisco. Ob. cit., p. 406. Entre nosotros adhiere a esa tesis Parra Labarca, Ricardo. Ob. cit., p.272. En estas obras puede consultarse a otros autores, incluso a quienes postulan la imprescriptibilidad solamente para la acción de simulación absoluta. Ferrara se expresa así: "Es consecuencia de la naturaleza declarativa de la acción de simulación su imprescriptibilidad. No se concibe, en efecto, que por el transcurso del tiempo pueda extinguirse la acción de reconocimiento de un hecho o situación jurídica determinados, mientras subsistan las condiciones propias para su ejercicio. Esa limitación sería contraria a su finalidad y restringiría injustamente la protección del derecho. El intento de hacer constar una realidad objetiva, importante desde el punto de vista jurídico, no puede tener limitación de tiempo, porque esa realidad permanece inmutable en tanto no desaparezca el interés de hacerla constar. Debemos llamar la atención, por consiguiente, sobre el hecho de que, no obstante la diversidad de construcciones jurídicas sobre las acciones declarativas, todos los autores están de acuerdo en estimar que no quedan sujetas a prescripción. No hay posibilidad de duda, en efecto, para quienes ven en la acción un medio procesal al que es inaplicable la prescripción de derecho". Y agrega: "Concretándonos a la acción de simulación, puesto que el contrato simulado es inexistente, y lo que no existe no adquiere vida por el solo transcurso del tiempo, la acción para el reconocimiento de esa inexistencia es siempre admisible". Ferrara, Francisco. Ob. cit., p. 406.

Artículo: Cuestiones teórico-prácticas de la simulación
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Y respecto de terceros, desde que éstos tomaron conocimiento del acto real que les perjudica (antes no podían ejercerla, porque no sabían de la simulación y, en todo caso, no tenían interés) [17].

En contra se ha sostenido que la acción es imprescriptible, fundamentalmente porque -se ha dicho- no es una acción y derecho con su propia substancia, sino tan sólo declarativa, de constatación de una realidad[18]. Continúan la argumentación planteando que como lo que se pretende es que el Tribunal declare que el acto aparente es sólo eso, apariencia, esa constatación de la nada jurídica no puede impedirse jamás, con lo cual el razonamiento confluye a la inexistencia jurídica. Así, viene a notarse que en el planteamiento de una acción de simulación, se propone algo equivalente a la petición al Tribunal de que constate la inexistencia del acto (en la absoluta) o la inexistencia del acto aparente (en la relativa). Entonces, es bien explicable que se proponga la imprescriptibilidad, porque, justamente, la inexistencia -tal como la concibe la doctrina- presenta como una de sus características la imprescriptibilidad de su "constatación" judicial y ello con el mismo fundamento, de que la facultad para pedir que se constate que nada hay, no puede extinguirse por la prescripción.

F. LA REFORMA DEL CODIGO Y LA SIMULACION

Ante el silencio del código chileno, al menos en términos directos, en relación con la materia, se ha emitido la reclamación de textos que la traten, proponiéndose diversas alternativas de lugares en que podrían implantarse las reglas correspondientes[19].

Por nuestra parte, en primer término, atentidas las alternativas y actitud de la jurisprudencia, que se ha mostrado sensible y, por lo mismo, receptiva del tema, no observamos urgencia en la consagración de reglas que, a veces, complican lo que las otras fuentes conducían al menos aceptablemente.

Pero admitimos que es conveniente legislar. Y en cuanto a la sede específica, el capítulo relativo a la voluntad de los actos jurídicos parece el lugar más propicio.

Sin embargo, lo que no compartiríamos sería una introducción aislada de reglas relativas a la simulación sin recomponer las normas fundamentales que ordenan la voluntad y el consentimiento, lo que viene a importar, en buena medida, el examen de toda la estructura de los actos y contratos. La categoría y contenido de las reglas que habrían de consignarse requieren de una configuración armónica con el resto de textos sobre la materia, la cual, a su vez, necesita también de actualización. Y entonces el trabajo, que requiere de convincente depuración doctrinaria, quizás debe esperar mejores bases en este último terreno, que sí deben abordarse.

[19]En este sentido, Fueyo, Fernando, Ob. cit., p. 561.